

Ensayos jurídicos contemporáneos: testimonio de una huella académica*

René Ortiz Caballero**

Dos maestros y amigos nos han regalado sendos prólogos en los que advierten al lector de la sutil unidad que anima esta obra colectiva «Ensayos Jurídicos Contemporáneos. Testimonio de una Huella Académica», que nuestra promoción 1980 presenta esta noche, como una prueba universitaria de gratitud a todos los que nos formaron en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y como una expresión de gozo por habernos reunido la Providencia en esta promoción que no es sino un vehículo de hermandad que se actualiza a cada momento.

Marcial Rubio y Fernando de Trazegnies, nuestros prologuistas, fueron en efecto dos de nuestros más apreciados profesores y quiero arriesgarme a desarrollar la idea de la sutil unidad de la obra que presentamos, apoyándome en las clases y temas que ellos trataron y en la evolución que,

* Nota explicativa o crónica del claustro: La promoción de la Facultad de Derecho «Enrique Normand Sparks» celebró el año 2005 el aniversario vigésimo quinto de haber egresado de las aulas universitarias. Con tal motivo, durante el año jubilar se organizaron diversas actividades sociales, deportivas y una muy especial de homenaje a nuestro recordado padrino en noviembre del 2005. No quisimos, como promoción, que las celebraciones carecieran de contenido académico y, con este ánimo, se editó una compilación de artículos y ensayos jurídicos, escritos por miembros de la promoción. La publicación, bajo el título que da nombre a la presentación que sigue (Lima: Pacífico Editores, 2006), tuvo como editor al profesor y miembro de la promoción Pierre Foy y fue presentada en un acto académico en el Auditorio de Derecho el martes 26 de septiembre del 2006, con la presencia del decano de la Facultad de Derecho, doctor Javier Neves, y del doctor Fernando de Trazegnies, quienes brindaron cálidas y generosas palabras para nuestra promoción. En dicha ocasión, me cupo compartir una reflexión sobre la obra publicada. El texto siguiente es la versión corregida del discurso ofrecido aquella noche. (N. del autor)

** Profesor principal del Departamento Académico de Derecho. Secretario General de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

desde esos años, es posible advertir en esta publicación y que nos permite llamar contemporáneos a estos ensayos jurídicos.

Empecemos con dos puntuales recuerdos: Marcial Rubio nos dictó el primer curso de la carrera, Introducción al Derecho, y lo sigue haciendo hoy bajo el nombre de Introducción a las Ciencias Jurídicas. No había publicado aún en 1977 su obra fundamental, sin cuya lectura no era ni es posible ser abogado, pero compartió con nosotros esas ideas que luego se imprimirían.

¿Cómo ser abogado sin conocer cabalmente las tres teorías básicas del sistema jurídico? Es decir: La teoría de las fuentes del derecho, la teoría de la norma jurídica y la teoría de la interpretación jurídica. Si usted, abogado, no sabe dónde están las normas, qué dicen las normas y qué quieren decir las normas, entonces aún no es abogado.

Estas tres teorías eran los pilares de un todo orgánico, racionalizado, conocido como «El Sistema Jurídico», a la postre el título de este libro esencial, sirviendo de imagen necesaria a partir de la cual se podía empezar a aprender el derecho. La ley se enseñoreaba todavía lozana por sobre los desdenes de las ciencias sociales, que nos invitaban seductoramente a distinguir entre «derecho y sociedad». Marcial mismo propiciaba estos acechos pero la interpretación estricta, aplicando los métodos a partir de ciertos criterios, nos proporcionaba certidumbre en nuestro desenvolvimiento como estudiantes de derecho y luego como abogados.

Segundo recuerdo. «Estudiar Derecho es estudiar la ley» era una oración provocadora que Fernando de Trazegnies escribía en la pizarra durante sus clases de Filosofía del Derecho retándonos a contradecirla. El reto nos parecía fácil pues constituíamos una generación que se había formado en la década de los setenta, la del *boom* de las ciencias sociales, pero solo en apariencia. Fernando, paso a paso, clase tras clase, nos hacía caer en la cuenta, a partir de la reflexión personal provocada con la frase, de que cada uno exhibía en su desenvolvimiento cotidiano como abogado, como aprendiz de abogado, una «noción de derecho» no necesariamente explícita y menos acabada. Y lo peor de todo es que esa noción o idea acerca del derecho se acercaba peligrosamente a la oración de la pizarra y que, para colmo, no era original sino que reflejaba un modelo teórico, el del derecho moderno, un derecho organizado bajo formas racionales, autónomo

respecto de otras formas de control social, coercitivo necesariamente y constructor de un estado de cosas final que llamamos seguridad jurídica. Si usted se puede pasar horas discutiendo teorías jurídicas sin aterrizar en sus implicancias económicas o sociales; si cuando apela al derecho lo hace específicamente para conseguir el respaldo coercitivo del Estado; si aquello a que aspira finalmente es a que sus intereses legítimos se vean protegidos por un derecho seguro; entonces, no dude que se está adhiriendo a un modelo de derecho moderno, políticamente liberal y capitalista, como decíamos en los setentas. Aun cuando el estudiante se proclamara entonces socialista, si su comportamiento como abogado respondía a la descripción hecha, era un típico «burgués» al menos como abogado.

El profesor Rubio nos persuadió de la necesidad de manejar ciertas teorías y categorías sin las cuales no se es abogado; el profesor Trazegnies, sin contradecir a Rubio, nos hizo caer en la cuenta de que esa no era la única manera de concebir el derecho y, lo que es más importante: que cada uno podía y debía ser crítico, empezando consigo mismo.

Retengamos esos recuerdos unos instantes para retornar al libro cuya presentación nos convoca.

Los catorce trabajos que componen la obra no reflejan meramente aquellas convicciones en las que nos formamos veinticinco años atrás. Si las clases de Marcial nos proporcionaron el piso de la certidumbre y las de Fernando las alas para elevarnos y mirar el horizonte inalcanzable, o más bien los horizontes posibles, cada trabajo es una combinación personalísima de ambas vertientes pues —lo estimo un hallazgo— hablan de las certidumbres primeras, de lo que fuimos, y de las inquietudes jurídicas actuales, de lo que somos, por eso son ensayos contemporáneos.

En efecto, el derecho ha cambiado y con él nosotros. El derecho sigue siendo un sistema y el modelo moderno de derecho subsiste pero ahora comparte el escenario con un modelo alternativo que a falta de mejor nombre conocemos como derecho postmoderno. Las señas de este modelo son las siguientes. A las formas autónomas de la modernidad, la postmodernidad le opone contenidos, valores superiores que el derecho debe seguir; al papel coercitivo del derecho moderno, la postmodernidad le opone una estrategia de desregulación de las relaciones sociales, de medios alternativos para solucionar los conflictos, una estrategia que prescinde

de la *norma que prescribe conductas* para reemplazarla por una *norma que postula objetivos por alcanzar*; a la seguridad jurídica, le opone una justicia de nuevo cuño, porque es indispensable que esos nuevos valores u objetivos que servirán para discernir lo lícito de lo ilícito encuentren concreción en la asignación proporcional de responsabilidades. Dar a cada quien lo que le corresponde y no solo estar seguro de lo propio es, una vez más, la tarea encomendada a los hombres y mujeres de leyes.

Repasemos rápidamente los catorce trabajos y verán que los autores, sin habernos puesto de acuerdo, reproducimos estas características.

Alberto Bolívar nos describe la legislación sobre seguridad y defensa nacional y antes que postular qué debe decir la norma, reclama que sean reguladas a partir de una opción política por un estado democrático, es decir, por un valor superior.

Gladys Camacho desarrolla los principios de publicidad y transparencia que deben guiar el proceder de los órganos de un Estado, al punto que contribuyen a autorregular el comportamiento de la autoridad y postula criterios que hacen patente la justicia que debe presidir esa temática: por ejemplo, terminar con el secretismo, que la información sea oportuna, veraz y suficiente, no discrecional sino un deber para todas las dependencias públicas. Por si hiciera falta, la autora nos ofrece grados de realización de los señalados principios de publicidad y transparencia, los nuevos nombres de la verdad con la que se alcanza una justicia por ende nueva.

Pierre Foy, editor cabal de este libro, nos introduce en ese todavía joven ámbito de valores que llamamos «derecho ambiental» que, como él mismo refiere, surge ante la crisis ambiental y ante modelos de desarrollo denominados insostenibles. Pierre empieza diciendo que examinará la Ley General del Ambiente, lo cual suena a moderno, pero no se limita a ella; siente que debe definir el derecho ambiental y ofrecer al lector ese ámbito de valores que el derecho en sus distintas ramas, internacional, procesal, administrativo o tributario debe cautelar. En suma, una visión compendiosa del derecho desarrollado en torno de otro campo de valores superiores.

Sandro Fuentes toca un tema técnico del derecho de los contratos y, me dije, aquí sí encontraremos doctrina jurídica ortodoxa. Pero no. Sandro

cuestiona la tipicidad de los contratos, es decir, la opción del legislador por regular los contratos privados porque al hacerlo antepone la visión del Estado a la autonomía privada que, como nos enseñó el maestro De la Puente, debe iluminar las relaciones contractuales. Una vez más, no se trata de modificar tal o cual norma; se postula eliminar la tipificación contractual, es decir, suprimir las normas, para hacer prevalecer un principio. «¿Seguirá siendo científicamente trascendente la tipificación contractual?» se pregunta Sandro. ¿Un caso más de desregulación y post modernidad? Me pregunto. Así lo parece.

Juan Hurtado Poma nos hace ingresar en los vericuetos del derecho penal. Su tema es la Ley N° 28397, denominada «Ley de Amnistía y Regularización de la Tenencia de Armas de Uso Civil, Armas de Uso Guerra, Municiones, Granadas o Explosivos», y el delito referido a la «fabricación, suministro o tenencia de estos materiales peligrosos», previsto en el artículo 279 del Código Penal. Juan examina prolijamente las normas. Parte, como corresponde, del concepto de amnistía y nos ilustra indicando que la amnistía es una medida temporal, que se dirige a una colectividad, de manera irrevocable y sobre hechos pasados, nunca futuros.

Desanimado porque mi hipótesis de trabajo postmoderna se tropezaba ante la solidez expuesta por nuestro representante del Ministerio Público, caí en la cuenta de que el tema mismo, la amnistía, era la prueba que necesitaba. La amnistía es, por definición, olvido; cito a Juan: «El Estado renuncia circunstancialmente a su potestad penal obedeciendo a intereses públicos, esencialmente de carácter político, considerados como necesarios para llegar a la armonía social». La amnistía no es una figura nueva pero es ofrecida en este nuevo escenario como medio para la realización de valores superiores, no jurídicos, y aspirar así a una particular justicia distributiva. La amnistía adquiere así una trascendencia general que la seguridad jurídica restringió para casos singulares, esto es, para lo claramente excepcional.

César Landa, cómo no, brinda una lección sobre las atribuciones del máximo tribunal nacional que integra en el trabajo denominado «La jurisdicción constitucional». Amparado en la literatura jurídica sobre la materia, César desmenuza las facultades del Tribunal Constitucional pero lo hace para denotar que, y cito, «el Tribunal Constitucional, en el cumplimiento de sus competencias constitucionales, afirma el principio

jurídico de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, reforzando a su vez el principio político de la soberanía popular, que son la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional». ¿Por qué César no se conformó con la primera mitad de su afirmación? Hasta allí tendríamos un aserto moderno; sin embargo, le pareció indispensable tocar la esfera política y la finalidad última del proceso de maduración que, como dirá a continuación, legitiman el proceder del tribunal. Valores superiores al derecho refuerzan paradójicamente la misión de este órgano jurisdiccional.

A Jorge Melo Vega le parecía, lamentándose, que su aporte a la obra colectiva era poca cosa ante los enjundiosos y sesudos trabajos de algunos compañeros. Además de asegurarle al autor que no tiene nada que lamentar, puedo añadir que su tema, la Responsabilidad Social Corporativa, es uno de aquellos asuntos contemporáneos que más se acerca a la postmodernidad. Jorge lo pone en evidencia desde la definición primera: «La RSC consiste en gestionar la empresa con estándares que van más allá del mandato legal» porque de esta manera le da mayor valor a su marca, la diferencia en el mercado y le da mayor sostenibilidad a su negocio. La filosofía implícita consiste en demostrar que el producto ofrecido al mercado merece ser comprado porque ha sido producido superando los estándares previstos en las normas laborales, medioambientales, de gobierno corporativo o sanitarias, es decir, con responsabilidad social o, en otras palabras, extendiendo los beneficios del negocio a la sociedad en su conjunto por encima de lo que la ley exige. Nuevamente, valores, desregulación, ¿justicia? Ojalá que sí.

René Ortiz, que soy yo, escribió sobre la Ley Universitaria, y repasó la agenda pendiente mirando los anteproyectos de ley que hoy están en la Comisión de Educación del Congreso de la República. Estos, no terminan de recoger todo lo que una nueva ley universitaria debería contener para bien de las universidades peruanas, sea en materia de régimen de gobierno, régimen académico o régimen económico. El enfoque del tema es en principio moderno, atañe a la ley y a lo que puede decir; sin embargo, para mi tranquilidad, encuentro que aporto mi cuota a favor de la tesis postmoderna que ahora sostenemos. Dice Ortiz: «La universidad peruana debe ser motivo de reflexión de cara a los próximos veinte años.

Ello solo será posible si se ratifica la autonomía universitaria tal como aparece consagrada en el texto constitucional; es decir, en manos de las comunidades universitarias o si se la redefine, admitiendo otras estructuras de gobierno». Y prosigue, «¿ha dejado de ser la educación universitaria, la universidad en sí, un tema de interés público? ¿Debe ser solo un tema de interés privado, es decir, donde se busque que la ley respete las opciones particulares?» Responde el autor: «La cuestión en juego no se circunscribe a la gratuidad de la educación, sino a la viabilidad del país que, en los tiempos actuales, precisa para surgir de una política y una inversión en ciencia y tecnología, en las cuales las universidades tienen una palabra que decir y una labor por realizar». Añado ahora, la autonomía universitaria antes que una norma por cumplir es el nombre de la libertad para hacer ciencia que los universitarios debemos cuidar. Un valor superior.

El «debido proceso» es una frase que se usa y mal emplea cotidianamente. Quien desee tener una imagen cabal de la misma debe leer el trabajo que nos entrega Aníbal Quiroga. Artículo tras artículo de la Constitución, inciso tras inciso del art. 139 constitucional, Aníbal expone los rasgos que tiene la noción de un proceso conforme a derecho. Casi se podría decir que el precepto mismo es un valor superior incuestionable, el que necesitaríamos para adherir su texto a nuestra tesis postmoderna; sin embargo, esta interpretación tiene el inconveniente de que estamos hablando de un principio jurídico, es decir, un valor intrínseco al sistema jurídico. Aníbal explica que la búsqueda de justicia no debe hacerse por propia mano y que la solución de un problema por mutuo acuerdo no siempre es satisfactoria; que entonces es indispensable la intervención de un tercero, el juez, la fórmula heterocompositiva al decir del autor, para que resuelva los conflictos y restablezca la paz social.

Unas páginas después, encontramos, no obstante lo anterior, que la garantía constitucional del debido proceso ha adquirido la altura de un derecho fundamental porque en lugar de ser la expresión natural de la función jurisdiccional es el síntoma de la desconfianza y hasta el desprecio del ciudadano hacia la justicia que le ofrece el Estado. Un rasgo de postmodernidad es justamente la crisis del estado moderno cuyas instituciones representativas —el Poder Judicial entre ellas— no cumplen ya el papel que la teoría les asignó y por eso su falta de credibilidad.

Beatriz Ramacciotti trata un tema, a la vista, claramente postmoderno. «El nuevo paradigma democrático y la protección internacional de la democracia en las Américas» es un trabajo donde refiere en sustancia cómo las Naciones Unidas nacieron omitiendo expresamente la palabra «democracia» para dar cabida a todo país que se estimara pacífico y ahora postula el paradigma democrático, si bien sin menoscabo del principio de no intervención. Ciertamente, la propuesta es alentadoramente postmoderna por cuanto atañe a postular un modelo vinculado a valores democráticos pero no escapa a nuestra comprensión que la falta de definición del paradigma, lo cual refiere Beatriz al final, puede llevarnos a quedar en meras expresiones formales. Como dijimos líneas arriba, la propia democracia debe reescribirse.

Carmen Robles, entusiasta organizadora de la presentación del libro, también nos permite hablar de la evolución hacia la postmodernidad. Si hay un tema que debía ser materia de norma legislativa, además del derecho penal, es el derecho tributario. En clave de ciencia jurídica, Carmen nos dirá cuáles son «los principios constitucionales tributarios», en qué consisten, qué sucede si no se cumplen y qué podemos hacer en estos casos. Esto de por sí es interesante, pero más aún es la definición que los anticipa; estos principios son «los límites al ejercicio de la potestad tributaria». De nuevo, no son normas que regulan conductas sino proposiciones generales que orientan la aplicación de las normas lo que aparece como más importante. Carmen se refiere aquí a principios tales como la igualdad, la no confiscatoriedad, que, sin ser nuevos, ciertamente reclaman una visión de justicia, esto es, de reparto proporcional, antes que normas precisas.

Gustavo Romero escribe sobre el derecho humano a la información, un derecho que se inscribe perfectamente en el nuevo modelo; este derecho tampoco refiere una conducta específica sino un objetivo, un valor de nuestra actual sociedad del conocimiento, el del pleno acceso a la información en todas las formas que las circunstancias lo aconsejen, pero cuidando de no afectar otros que expresan igualmente objetivos valiosos como el derecho al honor. El conflicto entre ambos, como sabemos, solo puede dilucidarse caso por caso, es decir, buscando la solución más justa.

Miguel Sáenz toca un tema jurídico puntual y de actualidad. ¿Debe el registrador público calificar la legalidad del acto que se le presenta para

inscripción o solo debe reparar en la validez formal del título presentado? La opción tradicional del legislador era la segunda, primaba la presunción de veracidad y de validez —las presunciones son manifestaciones de seguridad jurídica—; la opción actual es la primera, es decir, se autoriza al registrador a calificar íntegramente el acto. ¿Lo sustantivo antes que lo formal? En este caso, lo sustantivo y lo formal están en el ámbito jurídico; sin embargo, es una señal hacia la postmodernidad este cambio hacia lo sustantivo en un escenario como el registral caracterizado principalmente por el celo en las formas.

Fernando Zimic, finalmente, nos invita a mirar «La Aduana del futuro» para constatar que también aquí hay cambios sustanciales respecto al papel que le corresponde en la escena nacional. La finalidad tradicional de la aduana estaba en el abastecimiento de recursos fiscales para el Estado; el nuevo cometido, que no excluye al anterior, es el de desarrollar el comercio exterior para captar el ahorro externo e incrementar los ingresos del Estado. Promover y facilitar el comercio exterior es una política antes que una atribución jurídica y Fernando es particularmente claro en este aspecto. Nuevamente, pues, un objetivo por alcanzar antes que prescripciones específicas es lo que nos presenta el derecho aduanero actual y del futuro.

Una última palabra. Nuestra tesis es que los temas jurídicos nuevos y antiguos que aquí se han reunido no conservan la fisonomía y ubicación que tuvieron treinta años atrás, responden a un nuevo orden por afirmar. Michel Foucault lo dijo en estos términos: «No se trata de que la razón haya hecho progresos, sino de que el modo de ser de las cosas y el orden que, al repartirlas, las ofrece al saber se ha alterado profundamente». Esta obra es hija de su tiempo, un tiempo de cambios, y un testimonio de una huella académica, la de mi promoción 1980.